

Desafio dogmático de culpabilidade^(*)

José Henrique Pierangeli^(**)

Procurador de Justiça aposentado – SP

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Teoria psicológica da culpabilidade. 3 – Teoria complexa da culpabilidade. 4 – Teoria normativa pura da culpabilidade e inexigibilidade de outra conduta. 5 – Culpabilidade de ato e de autor. 6 – Outras correntes. 7 – A chamada co-culpabilidade. 8 – Teoria da duplicidade do dolo. 9 – Considerações finais.

1 – Introdução

A história do Direito Penal caracteriza-se pela contraposição de três princípios, a saber: a) – princípio objetivo ou da objetividade, no qual o crime encontra o seu embasamento na objetiva lesão de um bem juridicamente tutelado e que é imputado ao agente numa simples relação causal, que, às vezes, chega a dele prescindir; b) – princípio subjetivo ou da subjetividade, cujo embasamento se concentra na vontade ou na periculosidade; e, c) – princípio misto ou conciliador, por muitos chamado de objetivo-subjetivo, cuja fundamentação se estabelece num princípio ou no outro daqueles por primeiro estudados.

A dogmática apresentava uma marca impositiva e aquilo que hoje chamamos de injusto era considerado objetivamente, posto que a culpabilidade era formada por um contingente subjetivo: dolo ou culpa. O injusto assim concebido nada mais era que a causação física de um resultado socialmente danoso.

Vislumbrou-se, posteriormente, que só se poderia conceber-se um delito quando a lesão do bem jurídico houvesse se processado culpavelmente. A palavra culpabilidade ingressou na doutrina nos fins do século XIX, quando Ihering estabeleceu uma distinção entre injusto “objetivo” e a culpabilidade “subjetiva”. Daí Frederico Marques, coerente com os posicionamentos da doutrina da época, dividiu o delito em duas partes, a parte *objecti* e a parte *subjecti*, apegado que estava a esses parâmetros, com os quais, na realidade, desenvolveu-se não só a doutrina

(*) Resumo de palestra proferida em Belo Horizonte em 24 de outubro de 1998 – I Simpósio *Pro Jus* – (Perspectivas Democráticas do Direito)

(**) Professor na Faculdade de Direito de Araxá - MG, professor aposentado na Universidade de São Paulo.

pátria, como também a de quase, senão todos, todos os países do mundo, durante toda a primeira metade deste século.

Com o desenvolvimento dessas idéias, e conseqüente separação de conceitos, deveu-se o processo de subjetização do Direito Penal que, ainda hoje, o caracterizava, e que, progressivamente, foi abandonando a objetiva responsabilidade do agente pelo fato decorrente de sua conduta – a responsabilidade penal objetiva –, para assumir indispensáveis características subjetivas, ou, por outras palavras, para assumir uma responsabilidade pessoal. A culpabilidade, a partir de então, passa a ser a causação psíquica do resultado, pelo dolo ou pela culpa, o primeiro caracterizando-se pelo querer o resultado antijurídico, e, a segunda pelo fato de ter o causador (para muitos, agente) do resultado atuado com imprudência, negligência ou imperícia.

Assim exposta a questão, a culpabilidade dessa fase constrói verdadeira pilastra do sistema penal, informadora da teoria causal-mecanicista que, ainda hoje, possui ferrenhos defensores entre nós, conquanto formem uma pequena minoria. Excluída a menção feita aos penalistas brasileiros, é inteiramente válida a observação de Ferrando Mantovani: se a culpabilidade, “na sua função e conteúdo é objeto de divergente concessão, sendo historicamente condicionada por diferentes pressupostos ideológicos, pelas diversas maneiras de entenderem os diversos escopos e finalidades do Direito Penal, das diversas reconstruções sistemáticas do delito”. E conclui o mestre da Universidade de Firenze, que ainda hoje ocorre um vivo e renovado debate (“*Diritto Penale, parte generale*”, Cedam, Padova, 1992, pág. 293).

2 – Teoria psicológica da culpabilidade

A culpabilidade, nos primeiros tempos da dogmática, se assentava na teoria psicológica. Perquiria-se acerca do nexo-causal (físico), questionando se a conduta havia ou não causado o resultado e de um nexo psíquico, ou seja, a existência de uma relação psicológica entre a conduta e o resultado, que nada mais é o que hoje, nós, os finalistas, denominamos de nexo de finalidade. No entanto, como no injusto não se fazia a distinção entre a antijuridicidade e a tipicidade, muitas condutas antijurídicas e culpáveis não constituíam delitos. Como conseqüência disso, tornava-se indispensável acrescentar um outro requisito ao conceito dogmático de delito, a punibilidade. Conceitualmente, pois, o delito passou a ser a conduta antijurídica, culpável e punível.

Como já fizemos referência, a culpabilidade dentro da sua concepção psicológica, era formada pelo dolo e pela culpa. Trata-se de decorrência do próprio conceito de ação que anima a teoria causal-mecanicista, também chamada de teoria naturalista. A conduta, dentro dessa concepção, caracteriza-

se por um movimento muscular que produz uma modificação no mundo exterior, movimento que tem a sua origem na vontade, e cujo conteúdo, todavia, não integra a ação.

A culpabilidade, vista como liame psicológico que vincula o autor ao delito, torna este responsável pelo crime. Como conseqüência, como adverte Miguel Reale Júnior, “as duas espécies de relacionamento psíquico entre o autor e o fato, o dolo e a culpa, ficam reunidas em um único conceito: são espécies que se diferenciam pela qualidade daquele relacionamento, pela diversa intensidade na relação entre o autor e o fato delituoso” (“Teoria do delito”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 122).

A teoria psicológica teve um grande mérito quando questionou seriamente a responsabilidade penal objetiva, para a qual bastava um nexo de causalidade, independentemente de um nexo psicológico subjetivo que ligasse o autor ao fato, conceito que, até então dominava o Direito Penal. Todavia, ela se mostra incapaz para resolver o problema da culpa, pois, se esta com o dolo fundamentam parte da culpabilidade, pressupõe um atuar com conhecimento da antijuridicidade do resultado, e ambos importariam num resultado antijurídico querido, que na culpa é totalmente inadmissível. Igualmente, restaria inexplicável a culpa inconsciente ou culpa sem previsão.

Queremos ressaltar, desde logo, que a culpabilidade vista na sua concepção psicológica, é o que consideramos o aspecto subjetivo do tipo. E, ainda, como observado no início deste trabalho, como não se fazia necessário assentar seus fundamentos numa concepção antropológica, em que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se, pode sustentar-se perfeitamente mesmo sobre uma base determinista (Cfr. In Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “Manual de Direito Penal brasileiro”, parte geral, Ed. RT, 1997, pág. 606).

3 – Teoria complexa da culpabilidade

Esta teoria também é chamada de psicológica-normativa. A concepção normativa foi forjada no princípio do século XX, e sob influência do neoclássicismo, estabeleceu que a culpabilidade é um juízo de reprovabilidade. Para a culpabilidade, vista a partir desse momento, já não basta ao juiz realizar uma apreciação valorativa, ou seja, constatar a existência de uma relação de contradição entre a vontade do autor e a norma. O juízo a se formular é se ocorre uma desaprovação atribuível ao autor pelo seu comportamento antijurídico, quando a sua vontade poderia, e deveria, levá-lo a atuar de conformidade com o direito.

Em 1907, Reinhard Frank, sem retirar o dolo e a culpa da culpabilidade, acresceu a de um novo componente, este de conteúdo normativo, a reprovabilidade. Destarte, a culpabilidade era, a partir dessa inovação, a um só tempo, uma relação psicológica e um juízo de reprovação ao autor da relação psicológica. Por tal razão a sua denominação de teoria complexa da culpabilidade, posto que possuía um conteúdo heterogêneo: o dolo e a culpa de um lado e a reprovação dirigida ao autor que atuou com dolo ou culpa. Essa complexidade levou os autores a se afastarem de uma única maneira de funcionamento desses elementos dentro da culpabilidade. Para Frank, poderia haver dolo sem culpabilidade, enquanto Goldschmidt o dolo, como dado psicológico, era um pressuposto da culpabilidade, enquanto para Mezger, o dolo requeria a consciência da antijuridicidade, ou, por outras palavras, o dolo sempre era culpável. Forjada em meio a todas essas dificuldades, a concepção de Frank permitiu um importante desenvolver posterior da doutrina, posto que, para ele, o dolo era sempre avalorado, e isto veio permitir a sua correta colocação dentro da teoria do tipo, sem que a culpabilidade normativa viesse a sofrer qualquer arranhão, permitindo a sua correta instalação na teoria da ação finalista.

4 – Teoria normativa pura da culpabilidade e inexigibilidade de outra conduta

Com os trabalhos precursores do finalismo realizados por Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna e da acabada obra de Hans Welzel, nos anos trinta, dolo e culpa foram conduzidos para a estrutura da tipicidade, deixando a culpabilidade livre desses componentes que ninguém mais sabia bem como deles cuidar. Escoimada, pois, a culpabilidade desses elementos, a culpabilidade se “purificou”, daí a denominação de teoria pura da culpabilidade, posto que, a partir de então, a culpabilidade ficou limitada à reprovabilidade ou censurabilidade. Daí a concisa e precisa afirmação: culpabilidade é reprovabilidade, ou, por outras palavras, culpabilidade e reprovabilidade, na dogmática, são palavras sinônimas.

Para os autores que professam a teoria causal-mecanicista, acostumados a ver na culpabilidade uma carga de elementos inexplicavelmente amalgamados, fundidos, e, por consequência, de explicitação bastante complexa e cansativa, a culpabilidade, sem os elementos dolo e culpa tornou “vazia”, expressão que se atribui a Arthur Kaufmann. Daí a reiterada, mas injustificada afirmação de que a culpabilidade desprovida do dolo e da culpa sofreu um injustificado processo de esvaziamento. Isto, na realidade, não ocorre “Se observamos atentamente a teoria ou concepção normativa da culpabilidade, veremos que

ela está longe de ser vazia de conteúdo. Vemos na culpabilidade, como critérios legais de reprovação do injusto ao seu autor, dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um certo âmbito de autodeterminação do agente. Dito de outro modo: para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo, ou seja, que não tenha estado em uma pura escolha” (Zaffaroni e Pierangeli, *op cit.*, págs. 607-608).

Além disso, como adverte Jakobs, em tema de teoria do delito não se trata – para expressá-la graficamente –, de uns caixões empilhados, nos quais podem desaparecer objetos sem consideração ao conteúdo dos demais caixões, mas da ordenação dos objetos pelo seu fim, vale dizer, da determinação dos pressupostos da pena.

Observa-se, pois, que o conceito de culpabilidade normativa que com Zaffaroni sustentamos, é um conceito graduável, ou seja, possui graus de reprovabilidade, e quando o âmbito de autodeterminação se encontra muito reduzido que somente resta a possibilidade física, e o nível de autodeterminação se encontra tão baixo que se torna insignificante para os efeitos da exigibilidade, forçoso será reconhecer-se a inculpabilidade. “A inexigibilidade não é – como outrora pretendeu a teoria complexa da culpabilidade – uma causa de inculpabilidade, e sim a essência de todas as causas de inculpabilidade” (Zaffaroni e Pierangeli, *op cit.*, pág. 608).

Além da crítica já formulada, de que com a adoção da teoria normativa pura deixou-se vazia a culpabilidade, idéia da qual não comungamos, uma outra crítica vem sendo formulada: embora seja reconhecido o progresso da explicação do conceito valorativo da culpabilidade, a teoria não conseguiu precisar em que consiste a reprovação pessoal. Mas a resposta já fora formulada pelo próprio Welzel, o criador da teoria da ação finalista, de que a reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor podia formar corretamente a sua resolução de ação antijurídica, não no sentido abstrato de algum homem no lugar do autor, mas no sentido correto do homem que, em tal situação poderia ter adotado a sua resolução de vontade de acordo com a norma (Hans Welzel, “*El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la teoría finalista*”, Ediciones Ariel, Barcelona, 1974, pág. 85). Por outras palavras, o juízo de reprovação, e conseqüente exigibilidade de conduta diversa, deve assentar-se não num parâmetro abstrato, numa criação estereotipada, irreal, mas dar ênfase na concreção da vontade do acusado. Não se trata, portanto, de um homem

irreal, fantasmagórico, mas de um homem concreto a ser visto de “pé no chão”.

A vontade deve ser formada em circunstâncias concomitantes normais, que permita uma motivação que se construa numa determinada situação, em que o ordenamento jurídico pode exigir da pessoa um comportamento de acordo com a exigência da norma. “A inexigibilidade do comportamento decorre do fato do agente ter atuado em circunstâncias tais em que humanamente dele não se poderia pretender uma conduta diversa, exclui a antijuridicidade” (Ferrando Mantovani, *op. cit.*, pág. 311).

Uma vez estabelecido que a culpabilidade é vista no Direito Penal moderno, pelo menos majoritariamente, numa concepção normativa pura, vejamos agora quais são os conceitos fundamentais a serem considerados na formulação de um juízo de culpabilidade. Estes são os conceitos fundamentais que se deve considerar: reprovabilidade, disposição interna contrária à norma, possibilidade de realizar outra conduta, possibilidade de motivação na norma, exigibilidade e âmbito de determinação. Ainda que já tenhamos feito referência em algumas passagens a alguns desses tópicos, vamos, resumidamente, a todos nos referir: a) – culpabilidade, reprovabilidade e disposição interna. Numa concepção normativa, culpabilidade e reprovabilidade são palavras sinônimas, reproduzindo um mesmo conceito: a reprovação de um injusto ao autor, que só se torna possível quando fica revelado que o autor atuou com uma disposição anímica contrária à norma violada, disposição esta que dá fundamento à culpabilidade. Não se trata, advertimos, de um estado anímico revelado pelo agente, mas de uma valoração da atitude anterior do autor de uma conduta; b) – disposição interna e possibilidade de outra conduta. Esta disposição interna contrária à norma não se manifesta com o simples cometimento de um injusto, vez que só se pode incidir num juízo de reprovação quando ao agente era possível atuar de outra maneira, de ter conduta diversa da desenvolvida. Essa possibilidade deve ser entendida como possibilidade exigível, jamais como uma mera possibilidade física de assim proceder; c) – disposição interna e possibilidade de motivação na norma. A possibilidade de um atuar de maneira diversa começa a assumir relevância para a culpabilidade quando ao autor foi possível motivar a sua conduta na norma, ou, por outras palavras, quando lhe foi possível não violar a norma. Todavia, advertimos, vezes pode ocorrer a possibilidade de o agente motivar-se na norma, e, não obstante, não se pode considerar reprovável a sua conduta, por não se poder afirmar que essa conduta expressa uma disposição interna contrária a ela. Cezar Roberto Bitencourt

alerta que “um dos elementos mais importantes da reprovabilidade vem a ser exatamente essa possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica” (“Lições de Direito Penal”, parte geral, Livraria Editora do Advogado, Porto Alegre, 1995, pág. 125); d) – disposição interna e possibilidade exigível de motivação na norma. Para que se possa estabelecer um juízo de culpabilidade não basta uma hipotética possibilidade. Ao contrário, reclama-se uma possibilidade exigível de motivação nela. E exigibilidade de motivação na norma e âmbito de determinação. A exigibilidade de motivação na norma começa quando o agente teve um certo âmbito de autodeterminação. Daí, quando o âmbito de determinação do agente foi muito restrito, ou seja, quando o âmbito de determinação para a motivação na norma se apresenta como mínimo, haverá inexigibilidade. Contrariamente, quando ultrapassado estiver esse umbral mínimo caracterizador da inexigibilidade, a conduta revela uma maior disposição interna contrária à norma, que se manifesta através do injusto, e, conseqüentemente, o âmbito de autodeterminação para a motivação na norma é que irá determinar o grau de possibilidade exigível de motivação, em conseqüentemente, o grau de culpabilidade (Cfr. nosso “O consentimento do ofendido na teoria do delito”, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1995, pág. 60).

5 – Culpabilidade de ato e de autor

O princípio de culpabilidade deve necessariamente fundar-se na aceitação de que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se. Trata-se de uma concepção antropológica que, em nível dogmático, extraído tanto dos princípios informadores da Constituição, como do art. 26, do CP, permite concluir que toda e qualquer interpretação determinista tem de ser repudiada. Tendo-se por impossível uma culpabilidade assentada sobre outra concepção que não a da autodeterminação, vamos examinar, ainda que perfunctoriamente, a culpabilidade de ato ou de fato e a de autor, também chamada de culpabilidade de caráter, de personalidade e de condução de vida (esta última expressão utilizada por Mezger, embora já tenhamos, nas linhas acima, fixado que a nossa legislação, constitucional e infraconstitucional, opta pela culpabilidade de ato).

Por culpabilidade de ato, ou de fato, entende-se que o que se reprova no homem é a sua ação, na medida de sua possibilidade de autodeterminação envolvido numa situação concreta. Em resumo, a culpabilidade de ato é a reprovabilidade por aquilo que o ser humano fez, que constitui a grande maioria das doutrinas pátria e estrangeira. Na culpabilidade de autor ou pela condução de vida, cujas raízes as encontramos em Aristóteles, na sua “Ética a Nicômaco”

(o homem se torna o que é por um comportamento voluntário na sua origem), censura-se a personalidade do homem, reprova-se ao homem não pelo que fez e sim pelo que é. Ainda de Aristóteles, na tradução de Assis Toledo, “é pela prática de certas ações que se acaba por adquirir um caráter do mesmo gênero dessas ações. Quem pratica a indolência é responsável por vir a ser um indolente” (Francisco Assis Toledo, “Princípios básicos de Direito Penal”, Saraiva, São Paulo, 1994, pág. 238).

De conformidade com a chamada teoria da culpabilidade de fato, nesta o importante é a relação de imputação entre o autor no momento do cometimento do fato e este, ou seja, entre a vinculação entre o agente e o fato, no momento em que este, por obra do agente, ocorre. Para a teoria da culpabilidade pela condução de vida defendida pelo antigo Código Penal alemão, onde se agravava a pena para os “delinquentes habituais perigosos” (§ 20), bem como para fundamentar a culpabilidade pelos delitos decorrentes da culpa inconsciente (Günther Jakobs, “*Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*”, tradução espanhola de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons ediciones, Madrid, 1995, pág. 591).

Melhor será, agora, assinalar, para se evitar equívocos, que a consideração da reincidência no momento em que ocorre a individualização da pena, não significa qualquer rompimento com a teoria da culpabilidade de ato ou de fato, porque a censura decorre do injusto praticado com liberdade de atuação e a sua personalidade funciona apenas como critério, nunca como objeto de censura. Não se pode reprovar alguém por sua conduta de vida, mas tão só por sua conduta típica e antijurídica, na medida do âmbito de liberdade em que atua.

Alguns autores, bem modernos, sustentam a possibilidade de uma combinação dos dois posicionamentos, ou seja, reprovação pelo ato e conduta de vida, mas não conseguimos atinar como se possa combinar a ambas as reprovações. Ou se reprova pelo ato concreto praticado, ou como fato que resulta de uma conduta de vida. Impossível, para nós, conciliar o livre arbítrio aristotélico, com uma gama de determinismo para a formulação do juízo de censura. Será, todavia, importante assinalar que “a personalidade do homem integra-se com caracteres adquiridos mediante vivência ou condutas anteriores, mas também com elementos herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Uma reprovação da personalidade implica uma reprovação da carga genética, isto é, a reprovação de algo que é absolutamente estranho a qualquer conduta do sujeito” (Zaffaroni e Pierangeli, “Manual”, cit., pág. 612).

6 – Outras correntes

Uma variante da teoria da culpabilidade pela conduta de vida é a chamada culpabilidade pela decisão de vida, formulada por Paul Bockelmann. Para este autor, a culpabilidade não está na condução de vida, mas sim numa opção interna do próprio agente que, podendo ser outro, ou seja, podendo ser reto e bom, optou por ser mau; resolve seguir o seu daimon negro (Cfr. In Jorge de Figueiredo Dias, “Liberdade-culpa-Direito Penal,” Ed. Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975, pág. 118; v. também Francisco de Assis Toledo, “Princípios”, cit., pág. 240).

Merece citação a teoria da culpabilidade da personalidade ou da pessoa, exposta pelos penalistas portugueses Eduardo Correia e Jorge de Figueiredo Dias, este o seu acabamento. Escreve este último: “Culpa jurídica (jurídico-penal) é, assim, a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua actuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos” (*Op. cit.*, pág. 188).

7 – A chamada co-culpabilidade

Toda pessoa atua numa determinada circunstância e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Até mesmo na sua personalidade existe uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, vez que a sociedade, por melhor organizada que seja, nunca tem a possibilidade de oferecer a todos os homens, idênticas oportunidades. Conseqüentemente, pessoas há que têm um menor âmbito de autodeterminação, assim condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao indivíduo e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que existe aqui uma co-culpabilidade, com a qual também a sociedade deve arcar. Na doutrina, autores há que atribuem a origem da idéia da co-culpabilidade ao Direito Penal socialista. Temos para nós que a concepção da co-culpabilidade harmoniza-se com o pensamento de Marat, e hoje faz parte de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, conseqüentemente, encontra cabimento no nosso Código Penal com o disposto no art. 66: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

8 – Teoria da duplicidade do dolo

A partir dos anos 80, principalmente na Espanha, onde tem entre os seus maiores defensores, Juan Córdoba Roda e José Cerezo Mir, a teoria da duplicidade do dolo ou do dolo duplo, ou, ainda, da dupla posição do

dolo na dogmática. Para esta teoria, como próprio nome indica, na teoria do delito existe duas espécies de dolo, um formando o elemento subjetivo do injusto, e outro, que faz parte da culpabilidade, quando constitui a “expressão de disposição de ânimo hostil ou indiferente ao direito, como estimam Gallas, Jescheck e Wessels” (José Cerezo Mir, *“Problemas fundamentales del Derecho Penal”*, Ediciones Tecnos, Madrid, 1982, pág. 199).

São inegáveis as relações entre o injusto e a culpabilidade até porque as características ou “elementos” do delito não formam compartimentos estanques. É importante, parece-nos, transcrever o ensinamento de Johannes Wessels: “Assim como ‘injusto’ e ‘culpabilidade’ se correspondem um ao outro, subsiste uma relação de trocas entre a forma de conduta e a forma de culpabilidade do acontecimento punível. A realização dolosa ou negligente do tipo de injusto constitui, como forma de conduta, o correlato para a forma de culpabilidade estampada pelas ponderações da censurabilidade (estágios da culpabilidade), à forma de comissão dolosa ou negligente corresponde o tipo de culpabilidade dolosa ou negligente”.

“Em virtude de sua dupla função, o ‘dolo’ forma-se no setor da culpabilidade, o portador do desvalor do ânimo atualizado no fato. Sua característica como tipo de culpa é a adversa ou indiferente posição do autor em face das normas de conduta do Direito”.

Marcante, para a culpabilidade por negligência, ao contrário, é a desatenta ou descuidada posição de autor em face das exigências de cuidado da ordem jurídica. O dolo no tipo, como forma de conduta e elemento subjetivo do injusto, concede ao tipo de culpa que lhe corresponde, da dolosa e defeituosa posição para com a ordem jurídica (culpabilidade dolosa, somente um refutável “indício”. E conclui o professor da Universidade de Münster: “Como a realização do tipo constitui um indício para a valoração definitiva do fato como ‘injusto’, que se suprime com a incidência de uma causa justificante, da mesma forma ‘a culpabilidade é dolosa’ torna-se ‘indiciada’ através do dolo do tipo” (*“Direito Penal”*, parte geral, tradução de Juarez Tavares, Sérgio Fabris editor, Porto Alegre, 1976, págs. 89/90).

Esta teoria, pelo menos até agora, não sensibilizou a doutrina pátria, e mesmo na Espanha, onde ganhou maior significação, encontra forte oposição de Rodríguez Devesa e Rodríguez Mourullo, dois ilustres autores daquele país. De nossa parte, ao fazermos uma incursão por estas sendas, queremos ressaltar um ponto que se nos parece importante: a adoção do duplo posicionamento do

dolo não encontra qualquer obstáculo no plano ontológico, até porque o dolo, sendo criação do direito, não encontra qualquer obstáculo na sua dupla função.

Por fim, as críticas em que alhures se inseriu de que adotando tal posicionamento, o finalismo como que retrocede de suas convicções, temos de afirmar que tal afirmação improcede. Como a culpabilidade é a medida da pena, evidente que a intensidade do dolo ou o grau da culpa serão examinados para os fins da individualização da pena, em nada se desfigura a teoria finalista da ação com tal proceder, posto que com tais elementos também se conclui quanto ao grau do juízo de censura. Não será demais recordar que a culpabilidade apresenta graus, e a intensidade do dolo e o grau da culpa influem poderosamente na fixação da pena no caso concreto.

9 – Considerações finais

Passados quase vinte anos, parece-nos ainda atual e importante a leitura de um trabalho desenvolvido pelo penalista espanhol Enrique Gimbernat Ordeig que, pelo seu próprio nome, já se tem a dimensão do estudo: *“Tiene futuro la dogmática juridicopenal”*. O ilustrado professor madrileno, depois de enveredar pelas mais complexas e obscuras sendas da ciência do saber penal, ao intérprete faz a advertência de que se deve buscar a interpretação correta da lei não “nas verdades paralelas”, e sim na “verdade como um todo”. E, antes de sua conclusão final, escreve o doutor professor: “Porque a existência do Direito Penal é imprescindível e não depende em nada de demonstrar a livre decisão humana no caso concreto, porque toda idéia jurídica progressiva necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais elevado seja o nível científico-jurídico, porque uma ciência desenvolvida do Direito Penal é a que torna possível controlar os tipos penais, porque a pena é um meio necessário e terrível de política social, porque temos que viver com o Direito Penal, ainda que por isso”. E conclui: “A dogmática jurídico-penal tem um futuro” (*“Estudios de Derecho Penal”*, Ed. Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1990, págs. 140 a 161; também em pequena monografia publicada na Colômbia: *“Tiene futuro la dogmática juridicopenal”*, Ed. Temis, Bogotá, 1981).

É evidente que também a culpabilidade não se apresenta na ciência jurídico-penal de maneira perfeita e acabada. Como se trata de característica – para muitos, elemento – mais complexa da teoria do delito, ela continua a reclamar novos estudos, e, certamente novas e profundas reflexões da doutrina. Mas isto já será objeto de novas meditações.